

VU Research Portal

Leeftijdsgrenzen en het grenzeloze verlangen naar een kind

van Beers, B.C.

published in

Ars aequi

2011

document version

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Beers, B. C. (2011). Leeftijdsgrenzen en het grenzeloze verlangen naar een kind. *Ars aequi*, 2011, 574-583.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

This is a postprint of

Leeftijdsgrenzen en het grenzeloze verlangen naar een kind

Beers, B.C. van

Ars aequi, 2011, 574-583

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/32964>

(Article begins on next page)

Leeftijdsgrenzen en het grenzeloze verlangen naar een kind

De discussie over de oudste moeder van Nederland vanuit rechtsfilosofisch perspectief

B.C. van Beers*

1. De consequenties van een diepe kinderwens

*'Ik aanvaard de consequenties, maar mijn kinderwens gaat zo diep, dat ik dit er allemaal voor over heb. Niemand weet van tevoren hoe oud hij of zij wordt. Ik hoop dat mijn dochter en ik nog heel lang van elkaar kunnen genieten.'*¹ De pas bevallen Tineke Geessink kijkt gelukzalig en vastberaden de TV-camera in. Met 'consequenties' doelt Geessink in de eerste plaats op de stortvloed van overwegend negatieve reacties die volgde toen bekend werd dat zij op 63-jarige leeftijd zou bevallen. De geboorte van haar dochter Meagan eind maart 2011 is nu al een van de meest besproken nieuwsberichten van het jaar.

Dankzij anonieme eicel- en spermadonatie en een IVF-behandeling bij de controversiële² Italiaanse arts Severino Antinori kon de alleenstaande juriste haar kinderwens alsnog vervullen. Hoewel Geessink degene is die Meagan op de wereld heeft gezet, en daarmee kan worden aangemerkt als de juridische moeder,³ is zij genetisch niet verwant aan haar. Niet alleen heeft Geessink met haar postmenopauzale zwangerschap de grenzen opgezocht van hetgeen biologisch mogelijk is, maar ook bevond zij zich juridisch gezien in een grensgebied. In Nederland is zowel commerciële⁴ als anonieme⁵ eiceldonatie verboden, en geldt een maximale leeftijd van 45 jaar voor deze behandeling.⁶ Door de benodigde eicellen in het buitenland te verwerven en de bevruchting in Italië te laten plaatsvinden, kon Geessink de Nederlandse regelgeving omzeilen.

Naar aanleiding van Meagans geboorte staat de huidige leeftijdsgrens voor IVF (met gedoneerde eicellen) opnieuw ter discussie. Welke juridische grens dient te gelden nu de bestaande biologische grenzen aan vruchtbaarheid door ontwikkelingen op het terrein van de kunstmatige voortplanting in rap tempo lijken te verdwijnen? Geessink stelt weliswaar de consequenties van haar late moederschap te aanvaarden. Maar wat zouden de

* Mr. dr. B.C. van Beers is universitair docent rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

¹ Zie NOS-nieuws, <http://nos.nl/artikel/227339-friezin-63-bevalt-van-dochter.html> (21 maart 2011).

² Reeds sinds 1989 brengt hij postmenopauzale zwangerschappen tot stand. Daarnaast haalden zijn pogingen tot het klonen van kinderen de pers.

³ 'Moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd' (art. 1:198 BW).

⁴ Zie met name art. 27 Embryowet.

⁵ Art. 11 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

⁶ Over deze grens meer in §2.

consequenties voor het kind en de samenleving zijn, wanneer men deze techniek zou openstellen voor vrouwen van hogere leeftijd? En wegen deze consequenties wel op tegen het diepgewortelde verlangen naar een kind?

In dat verband is het veelzeggend dat men reeds in termen van een fundamenteel recht van wensouders begint te spreken. Zo verkondigt Geessinks arts Antinori dat het niet minder dan een mensenrecht is om moeder te worden. Hoewel Antinori waarschijnlijk vooral om retorische redenen aan de mensenrechten refereert, heeft het recht op voortplanting inmiddels daadwerkelijk erkenning gevonden in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.⁷ In een recente zaak gaat het Hof zelfs zo ver om ‘the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation’⁸ uit artikel 8 EVRM (het recht op respect voor privé- en gezinsleven) af te leiden. Daarmee wordt het recht op voortplanting niet alleen uitgelegd als een negatief recht om zich ongestoord te kunnen voortplanten, maar opvallend genoeg ook als een positief recht op toegang tot voortplantingstechnologie. Uiteraard kunnen verdragsstaten daaraan onder voorwaarden grenzen stellen, maar uit de uitspraak blijkt dat het Hof deze grenzen ‘tamelijk intensief’⁹ toetst.

Tegen deze achtergrond van voortplantingsrechten is een kritische blik op de leeftijdsgrens voor kunstmatige voortplanting op zijn plaats. Waarom zouden we vasthouden aan een leeftijdsgrens, als de techniek de mogelijkheden biedt om in een later stadium zwanger te worden? In dit artikel worden de drie meest gehoorde bezwaren tegen Geessinks zwangerschap in juridisch en rechtsfilosofisch perspectief geplaatst. De belangrijkste argumenten zijn dat er te veel *gezondheidsrisico*’s kleven aan een late zwangerschap (§2); dat Geessink egoïstisch heeft gehandeld en op grond van de *belangen van het toekomstige kind* van een zwangerschap had moeten afzien (§3); en tot slot dat het *tegennatuurlijk* is om een kind op die leeftijd te krijgen (§4). Bij de bespreking van de drie kernbezwaren zal blijken dat in deze aspecten van het maatschappelijk debat over postmenopauzaal moederschap de nieuwe vraagstukken te herkennen zijn waarmee het gezondheidsrecht als gevolg van biomedische ontwikkelingen te maken heeft gekregen.

2. De medische onderbouwing van de bestaande leeftijdsgrens: de gezondheidsrisico’s

⁷ Zie met name EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, *NJ* 2007, 459, m.nt. J. De Boer (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*; *EHRC* 2007, 73, m.nt. E. Brems), r.o. 71 en 72.

⁸ EHRM 1 april 2010, *EHRC* 2010, 64, m.nt. A.C. Hendriks (*S.H. e.a. t. Oostenrijk*; *NTM/ NJCM-bull.*, 2010-8, p. 1032, m.nt. C. Forder), r.o. 60.

⁹ Zoals annotator Hendriks schrijft. Dat is opvallend aangezien het Hof naar eigen zeggen slechts marginaal toetst wegens de morele verdeeldheid onder verdragsstaten over de materie. Zie over dit arrest verder ook B.C. van Beers, ‘Menselijke maakbaarheid, menselijke waardigheid en mensenrechten’, *NTM/ NJCM-bull.*, 2010-8, p. 1011-1012.

Het debat over Geessinks moederschap heeft een opzienbarend aspect van de regulering van kunstmatige voortplanting aan het licht gebracht. De leeftijdsgrens voor IVF en eiceldonatie, die de kern van de politieke en morele controverse rondom deze zaak vormt, is tot op heden bepaald door de medische beroepsgroep zelf. De wet geeft op dit punt ruimte aan IVF-centra om aan de hand van protocollen hun beleid te bepalen.¹⁰ Die beleidsvrijheid wordt deels ingekleurd door de modelprotocollen en richtlijnen van beroepsorganisaties als de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG). Ook de bestaande leeftijdsgrens van 45 jaar voor IVF met behulp van gedoneerde eicellen is afkomstig uit een dergelijk modelprotocol, het *Modelreglement Embryowet* uit 2003.¹¹

De vraag is of zelfregulering wel de aangewezen manier is om de wettelijke grens voor eiceldonatie te bepalen. Behoort de discussie over een dergelijk controversieel, moreel beladen en bij uitstek maatschappelijk vraagstuk, waarin kwesties als de maakbaarheid van het leven en de grenzen van de wensgeneeskunde spelen, niet eerder in de politieke arena dan binnen de muren van het ziekenhuis te worden gevoerd? Naast het democratisch tekort van dergelijke besluitvorming, kan men zich afvragen of men binnen de overwegend medische denkkaders van de beroepsgroep wel recht kan doen aan de belangrijkste dimensies van deze complexe materie. De eenzijdigheid van de discussie blijkt mede wanneer men de ratio achter de door de beroepsgroep gekozen leeftijdsgrens in ogenschouw neemt. Blijkens het Modelreglement waren bij de totstandkoming van de leeftijdsgrens de gezondheidsrisico's bij zwangerschap op late leeftijd van doorslaggevend belang.¹² Zoals Didi Braat, voorzitter van de commissie die het Modelreglement heeft vastgesteld, dit bezwaar tegen Geessinks zwangerschap verwoordt: 'Als een vrouw na IVF zwanger is geworden, doen zich meer complicaties voor. [...] En een hogere leeftijd zorgt voor significant meer risico's. [...] Sommige vrouwen [...] denken dat de leeftijdsgrens voor IVF van 45 jaar alleen maar paternalistisch is. Maar het gaat echt om extra risico's.'¹³

Het is echter zeer te betwijfelen of Braat en de beroepsgroep daarmee de belangrijkste morele aspecten van het vraagstuk in hun afweging hebben betrokken. Uit de talloze debatten en opiniestukken over deze kwestie blijkt dat de reden dat Geessinks bevalling zoveel stof deed opwaaien niet zozeer gelegen was in de enorme directe medische risico's die zij en haar toekomstige kind liepen, maar juist in de lange termijn gevolgen

¹⁰ In 8.2 van de bijlage bij *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie* staat te lezen dat de maximum-leeftijd van de vrouw een kwestie is die wordt neergelegd in een door de CCMO (Commissie mensgebonden onderzoek) goed te keuren protocol.

¹¹ Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO, *Modelreglement Embryowet*, Alphen aan den Rijn: Van Zuiden 2003, onder 3.2.2.

¹² Dat wordt bevestigd in het rapport van de beroepsgroepen NVOG en KLEM over vitrificatie van eicellen (Addendum bij NVOG/KLEM standpunt 'Vitrificatie van humane eicellen en embryo's', p. 2).

¹³ Zie NOS-nieuws, <http://nos.nl/artikel/227401-hieraan-moet-een-arts-niet-meewerken.html> (21 maart 2011).

voor het kind en de samenleving. Bovendien zal iedere leeftijdsgrens, in tegenstelling tot wat Braat stelt, onvermijdelijk in meer of mindere mate paternalistisch zijn. Ten eerste gaat een dergelijke grens voorbij aan de feitelijke gezondheid van de vrouw in kwestie. Volgens Antinori zou men daarom moeten uitgaan van de biologische leeftijd van de concrete wensmoeder. Ten tweede wordt volgens deze onderbouwing van de leeftijdsgrens, hoe men het ook wendt of keert, voor vrouwen besloten dat het beter voor hen is als zij zich boven een bepaalde leeftijd niet voortplanten, of zij nu bereid zijn de medische risico's te nemen of niet.

Wat dat betreft toont ook deze kwestie dat het zelfbeschikkingrecht, dat in Nederland van oudsher wordt beschouwd als de basis van gezondheidsrecht,¹⁴ bij de regulering van biomedische kwesties niet doorslaggevend is. In biomedische regelgeving¹⁵ steken andere waarden en perspectieven, zoals de menselijke waardigheid of de belangen van het nageslacht, het zelfbeschikkingsrecht openlijk naar zijn gezondheidsrechtelijke kroon.¹⁶

Kortom, zowel een overwegend medische benadering, zoals door de beroepsgroep wordt gehanteerd, als een uitsluitend op zelfbeschikking geënte benadering, gaan langs de morele kern van het debat over 60+ zwangerschap heen. In de volgende paragrafen worden twee alternatieve onderbouwingen van de leeftijdsgrens bekeken.

3. De belangen van het toekomstige kind

In het eerder aangehaalde NOS-interview geeft Geessink toe dat het misschien egoïstisch van haar was om op haar leeftijd nog een kind te willen. Daarmee verwoordt zijzelf een belangrijk aspect van de publieke verontwaardiging over haar moederschap. De waarschijnlijk meest gehoorde kritiek is dat haar dochter gedoemd is om al vroeg in haar leven wees te worden. Allereerst is Geessink alleenstaand. Daarnaast zal Meagan haar biologische ouders nooit kennen doordat haar moeder gebruik heeft gemaakt van anonieme donoren. Bovendien, zelfs als Geessink een bovengemiddelde leeftijd bereikt, is het nog de vraag of haar fysieke en mentale gesteldheid het toelaten om Meagan de zorg en aandacht te bieden die zij nodig heeft. Kortom, de gedachte is dat Geessink uit het oogpunt van de belangen van het toekomstige kind haar voortplantingswens had moeten laten varen. Tegen deze redenering zijn drie bezwaren te maken, die hieronder worden besproken en in een bredere juridische context worden geplaatst.

¹⁴ Zie met name eerdere drukken van het *Handboek gezondheidsrecht* (bijv. H.J.J. Leenen/ J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II Gezondheidszorg en recht*, Houten/ Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002, p. 32 e.v.).

¹⁵ Zie met name regelgeving als de *Embryowet* of het *Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde* van de Raad van Europa.

¹⁶ Eerder heb ik hierover uitgebreider geschreven (zie met name *De humaniteit van humane biotechnologie. Juridische perspectieven op menselijke waardigheid en medische biotechnologie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 129 e.v.).

Een eerste punt is de vraag of het recht wel iets kan met de belangen van het toekomstige kind. Het kind is nog niet geboren en is dus nog geen rechtssubject wiens rechten juridisch gewicht in de schaal leggen. Ook artikel 1:2 BW¹⁷ biedt hier geen soelaas, aangezien er nog geen sprake is van een zwangerschap op het moment dat de voortplantingsbeslissing wordt genomen.

Het recht biedt evenwel andere mogelijkheden om nog voor de conceptie met de belangen van toekomstige kinderen of generaties rekening te houden. Er is wat dat betreft zelfs een trend te bespeuren, zoals blijkt uit discussies over de vraag of anticonceptie verplicht of gesubsidieerd zou moeten worden voor verstandelijk gehandicapten¹⁸ of junks¹⁹ met het oog op de belangen van toekomstige kinderen. Een ander voorbeeld bieden de verbodsbepalingen op het terrein van de voortplantingstechnologie. Deze bepalingen worden ook wel uitgelegd als normen die strekken tot de bescherming van het welzijn van het toekomstige kind. Het staat bijvoorbeeld buiten twijfel dat het gebruik van sperma of eicellen van anonieme donoren verboden is omdat het toekomstige kind er een fundamenteel belang bij heeft te weten van wie hij of zij afstamt. Maar ook het verbod op het klonen van mensen, op de creatie van ‘designer-baby’s’ (via kiembaangetherapie) en op bepaalde vormen van embryoselectie (zoals het selecteren van een embryo dat geschikt is om na geboorte als donor voor een ziek broertje of zusje te kunnen functioneren) worden wel gerechtvaardigd met een beroep op de rechten van de kinderen die eruit voortkomen.

Kortom, de belangen van toekomstige kinderen worden wel degelijk erkend binnen het recht. De retoriek van de *rechten* van het toekomstige kind kan echter niet verhullen dat er in de ‘preconceptuele’ fase nog geen sprake is van een embryo, laat staan een rechtssubject, zodat het beroep op diens rechten misleidend is. Om in deze fase te bepalen wat zijn belangen zijn, zal men noodgedwongen terugvallen op een zekere standaard van goed leven, hetgeen uiterst controversieel is (waarover hieronder meer). Bovendien, zelfs als het mogelijk zou zijn hierover overeenstemming te bereiken, is de vraag of het kind daadwerkelijk gebaat is bij bescherming van die belangen. Het enige alternatief is immers dat het kind in het geheel niet geboren zou zijn, zoals filosoof Bas Haring in zijn reactie op Geessinks bevalling stelt.²⁰

Daarmee zijn we aanbeland bij het tweede mogelijke bezwaar tegen het argument van de belangen van het kind. Het lijkt Haring sterk dat Meagan later zal zeggen dat ze liever

¹⁷ ‘Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.’

¹⁸ Zie bijv. P. Vlaardingerbroek, ‘Gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van kinderbescherming?’, AA 2007-7/8, p. 589-597.

¹⁹ Zie bijv. J. Boonekamp, G. de Wert en R. Berghmans, ‘Geef junk geld voor geboortebeperving’, NRC 9 november 2010.

²⁰ M. van Dijk, “Oude moeder heeft de toekomst; filosofisch elftal”, *Trouw*, 30 maart 2011, p. 8 (interview met filosofen Bas Haring en Marli Huijser).

niet geboren was. Echter, is dat niet precies hetgeen Kelly Molenaar in de naar haar vernoemde *Baby Kelly*-zaak stelde?²¹ Zoals bekend ging de Hoge Raad in Kelly's *wrongful life* vordering mee, en wees schadevergoeding toe aan het meervoudig gehandicapte meisje voor alle kosten die aan haar leven zijn verbonden. Kelly's leven en aangeboren handicaps konden voor zowel haarzelf als haar ouders tot een bron van schade worden, doordat haar ouders als gevolg van een medische beroepsfout de kans was ontnomen haar te laten aborteren. De Hoge Raad meent dat als gevolg van deze gemiste kans op abortus niet alleen de ouders schade lijden, maar ook Kelly zelf. Ook al stelt de Hoge Raad dat Kelly geen recht heeft op haar eigen abortus,²² volgens de logica van het arrest heeft men onder omstandigheden een op geld waardeerbaar *belang* bij het eigen niet-bestaan, getuige de hoogte van de schadevergoeding. Of men het nu eens is met de beslissing of niet,²³ duidelijk is dat de Hoge Raad Harings argument niet overtuigend acht.

Een laatste punt tegen verwijzingen naar de belangen van het toekomstige kind wordt door Geessink zelf ingebracht. Zij verdedigt haar keuze met het argument dat niemand weet hoe lang hij zal leven en dat ook veel jonge vrouwen weinig leuks met hun kinderen doen. Daarmee legt zij de vinger op de zere plek. Want aan wie is het om te bepalen bij welk type ouders het kind het beste uit is? Veel kinderen komen ter wereld bij ouders van wie men zich zou kunnen afvragen of zij wel zo goed in staat zijn hun kinderen op te voeden. Toch wordt een ieder in de regel de vrijheid gelaten om zich voort te planten. Als Geessink op natuurlijke wijze zwanger was geworden, zou men niet snel haar kwalificaties voor het moederschap in twijfel hebben getrokken. Dat roept de vraag op of hier überhaupt een rol is weggelegd voor wetgever of samenleving.

Hoewel overheidsbemoeienis met voortplanting van oudsher gevoelig ligt wegens de associaties met eugenetica, begint zich wel degelijk een voortplantingspolitiek af te tekenen, inclusief een beslissingskader om bepaalde wensouders toegang tot de procedure te ontfangen. Het modelprotocol *Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen* (2010)²⁴ van de NVOG is daar een goed voorbeeld van. In dit protocol, dat kan worden opgevat als de landelijke richtlijn voor besluitvorming rondom IVF en andere vruchtbaarheidsbehandelingen, wordt gesteld dat de hulpverlener bij zijn beslissing om iemand wel of niet toe te laten tot het IVF-traject, niet alleen rekening dient te houden met de belangen van de wensouder, maar ook met het welzijn

²¹ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*; m.nt. Vranken), onder meer r.o. 3.4.

²² R.o. 4.13.

²³ In mijn proefschrift heb ik kritiek geuit op de onderliggende logica van het arrest (B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: BJU 2009, hoofdstuk 5).

²⁴ Zie de website van de NVOG,

www.nvog.nl/Sites/Files/0000000935_NVOG%20Modelprotocol%20Mogelijke%20Morele%20Contraindicaties%20Vruchtbaarheidsbehandelingen%202010.pdf

van het toekomstige kind.²⁵ Wanneer er een groot risico bestaat op ernstige schade voor het kind dat uit de behandeling voortkomt, kan dat reden zijn voor de arts om zijn hulp te ontfeggen aan de wensouder. Sterker nog, het kan zijn plicht zijn. In dat geval prevaleert het belang van het kind bij goede ouders boven het verlangen van de ouders naar een kind.

Hoewel deze zorg om het welzijn van het toekomstige kind op zichzelf bezien op zijn plaats is, is de moeilijkheid natuurlijk hoe te bepalen wanneer er sprake is van dergelijke ernstige schade. In het protocol wordt gesteld dat die schade afhankelijk kan zijn van zowel de psychosociale omstandigheden waarin het kind wordt geboren als diens gezondheidsvooruitzichten. Er is volgens de richtlijn sprake van risicofactoren - die de hulpverlener dient af te wegen tegen andere factoren - in het geval van ouders met genetische aandoeningen, ernstige ziektes, weinig opvoedingscompetenties, zwakbegaafdheid, psychiatrische instabiliteit of een verslaving; en in het geval van een instabiele relatie tussen de ouders, alleenstaand ouderschap, kindermishandeling of seksueel misbruik.²⁶

Deze criteria vormen een treffende illustratie van de manier waarop de medicalisering van voortplanting heeft geleid tot biopolitieke beslissingen over de vraag wie zich mag voortplanten met wie, en onder welke omstandigheden men beter niet geboren kan worden. Dat de beroepsgroep zich daarmee op glad ijs begeeft, zal duidelijk zijn. Want is bijvoorbeeld een begrip als 'genetische aandoening' of 'opvoedingscompetentie' niet bijzonder rekbaar? En levert alleenstaand ouderschap wel ernstige schade op voor het kind?

Desondanks moet men het de beroepsgroep nageven dat deze richtlijn voorziet in een groeiende behoefte aan houvast op dit moreel uiterst glibberige terrein. Men zou kunnen stellen dat een besluitvormingskader rondom voortplanting in deze tijd tot op zekere hoogte onvermijdelijk is. Wanneer men ervan uitgaat dat er ook andere belangen in het geding zijn dan enkel de kinderwens van de ouders, zoals de belangen van het toekomstige kind en van de samenleving, dan kan men als hulpverlener bij voortplanting niet enkel uitgaan van de subjectieve voorkeuren van het individu. Per slot van rekening worden ook bij adoptieprocedures talloze vereisten aan ouders gesteld. Meer algemeen is voortplanting in de biomedische praktijk niet langer een blind proces dat aan menselijke besluitvorming is onttrokken. Wat dat betreft heeft de beroepsgroep zijn verantwoordelijkheid genomen en dwingt het respect af dat men het heeft aangedurfd zich over deze controversiële materie uit te spreken.

Samenvattend, er zijn meerdere indicaties dat de belangen van toekomstige kinderen worden erkend in het regulerend kader rondom kunstmatige voortplanting, zelfs als

²⁵ Zie hierover ook A.C. Hendriks, 'Rekening houden met de belangen van het toekomstige kind', *TvG* 2010-6, p. 425.

²⁶ Zie §3.1.

behartiging van die belangen betekent dat deze kinderen nooit geboren zullen worden. Dat neemt niet weg dat aan deze redenering de nodige haken en ogen zitten. Niet alleen bestaan er grote meningsverschillen over de vraag wat de precieze belangen van het toekomstige kind zijn. Nog bezwaarlijker is dat, op welk belang van het kind men zich ook beroept, men onvermijdelijk een ‘objectieve’ standaard van goed leven in zijn oordeel zal betrekken. Aangezien het kind nog niet bestaat op het moment dat zijn belangen in de voortplantingsbeslissing worden betrokken, wordt men gedwongen gebruik te maken van een definitie van ‘redelijk welzijn’²⁷ die niet afkomstig is van het kind in kwestie. Daarmee waagt men zich in feite aan uitspraken over welk leven het wel of niet waard is om geleefd te worden. De vraag is of de jurist of de arts die zich opwerpt als ‘hoeder van het welzijn van onze soort’²⁸ zijn taak niet te buiten gaat.

4. Natuurlijke grenzen als juridisch argument

Een laatste veelgehoord bezwaar in het debat over Geessinks moederschap is dat het onnatuurlijk is om boven je 60^e kinderen te krijgen. Hoewel het natuur-argument zich goed leent als projectiescherm voor conservatieve vooroordelen en irrationele angsten, is het te gemakkelijk om dit perspectief bij voorbaat in zijn geheel van het debat te diskwalificeren.²⁹ Waar sommigen het predikaat ‘onnatuurlijk’ gebruiken als synoniem voor ‘bizar’ of ‘vies’, staat het voor anderen wellicht voor een wezenlijke morele ervaring.³⁰ Men zou zelfs kunnen stellen dat de inzet van het debat over Geessinks moederschap juist de vraag betreft hoe we ons dienen te verhouden tot de natuurlijke grenzen die het menselijk bestaan tekenen, nu deze grenzen in het tijdperk van medische biotechnologie niet langer vast blijken te liggen. Een analyse van het naturalistische perspectief is daarmee op haar plaats, temeer omdat in regelgeving wel degelijk wordt verwezen naar ‘de natuur’ en ‘het natuurlijke’, zoals hierna zal blijken.

4.1 Tijd van leven

Een deel van de ongemakkelijke gevoelens die Geessinks zaak losmaakt, hangt vermoedelijk samen met de vervloeiing van levensfasen en generaties die uit haar verlate moederschap spreekt. Niet voor niets wordt er naar aanleiding van deze kwestie reeds

²⁷ Zoals de standaard luidt die IVF-artsen blijkens het modelprotocol moeten hanteren (zie 1.2 van het Modelprotocol).

²⁸ Zoals in een opiniestuk naar aanleiding van het modelprotocol wordt gesteld (S.Y. Lesnik Oberstein en E. Schliesser, ‘Wie beslist dan wie te dik is voor ivf?’, *NRC* 26 juli 2010, p. 7).

²⁹ Zoals bijv. Haring in Van Dijk 2011; S. Valkenberg, ‘Moeder hoopt nu gelukkig te worden, maar ze kan bedrogen uitkomen’, *Trouw*, 31 maart 2011, p. 7; en G. de Wert op <http://nos.nl/artikel/227402-leeftijdsgrens-omhoog-maar-niet-63.html>.

³⁰ Zie hierover H. Zwart, ‘Zelfbeschikking en natuurlijke grenzen’, in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 35-45.

gesproken van de komst van de *omamoeder*. De gedachte lijkt te zijn dat er voor alles een tijd is, en dat je je bij sommige gemiste kansen in het leven hebt neer te leggen.

Ook in de discussie over het invriezen van eicellen om sociale redenen waren dergelijke reacties te horen. Deze invriestechiek, *vitrificatie* genoemd, stond tot voor kort slechts open in het geval van een medische indicatie, zoals bij dreigende onvruchtbaarheid door eierstokkanker. Toen het AMC in 2009 aankondigde deze techniek ook open te stellen voor vrouwen die zonder medische klachten hun vruchtbare periode willen verlengen, bijvoorbeeld omdat ze de ware nog niet hebben gevonden of vanwege hun carrière, ontstond onmiddellijk ophef. Zo stelde een woordvoerder van het CDA: 'De gezondheidszorg is ervoor om fouten in de natuur te herstellen, niet om het tegennatuurlijke te bewerkstelligen.'³¹ Het AMC besloot daarop de behandeling voorlopig niet aan te bieden. Het tij lijkt inmiddels te zijn gekeerd, getuige de recente bijval aan het AMC vanuit de medische beroepsgroepen,³² de landelijke toetsingscommissie (CCMO) en een meerderheid van de Tweede Kamer.³³

Naar aanleiding van beide kwesties kan men zich afvragen waarom er voor alles een tijd zou zijn, en waarom men zich met technologische middelen niet zou mogen onttrekken aan de dictatuur van de biologische klok. In een column over Geessinks bevalling geeft Aleid Truijens het volgende antwoord:

*'De onverbiddelijke tijd maakt het leven dragelijk. Weten dat kansen beperkt zijn, is geruststellend. Een kind krijgen, het komt meestal niet uit, maar als je de kans laat passeren, moet je niet jammeren. De dood houdt de vaart erin. Doodgaan, je hebt er zelden zin in. Maar als de zeis niet steeds dichterbij mijn hals naderde, was ik tot niets te porren.'*³⁴

Met andere woorden, de eindigheid van het leven, en de natuurlijke begrenzingen die eruit voortvloeien, moet men via technologie niet geheel willen opheffen. De tekortkomingen van de *conditio humana* geven paradoxaal genoeg ook een zekere zin en glans aan het leven. Volgens ethica Heleen Dupuis vormen postmenopauzale zwangerschappen wat dat betreft een goede illustratie van de problematische wijze waarop de geneeskunde meer algemeen de mythe 'in stand houdt dat wij ons niet behoeven neer te leggen bij de eindigheid van ons bestaan.'³⁵

Ook in deze benadering blijft het echter de vraag *wanneer* het natuurlijke de doorslag dient te geven. Immers, ziekte, dood en verderf worden, hoewel veelal zeer 'natuurlijk', door niemand verwelkomd als onmisbare kansen op een zinvol leven. Anders zouden ook

³¹ 'Invriezen eicellen roept weerstand op', *Trouw*, 16 juli 2009.

³² Zie NVOG/ KLEM, *Addendum bij NVOG/KLEM standpunt 'Vitrificatie van humane eicellen en embryo's'*, 4 juni 2010.

(www.nvog.nl/voorlichting/Nieuws/Invriezen+eicellen+voorwaardelijk+toestaan.aspx).

³³ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500 XVI, nr. 141.

³⁴ A. Truijens, 'Onverbiddelijke tijd maakt leven draaglijk', *Volkskrant*, 30 maart 2011, p. 29.

³⁵ H.M. Dupuis, 'Bejaarde moeders; angst voor eindigheid bepaalt geneeskundig handelen', *Ned. Tijdschr. Geneesk.* 1994, p. 801.

alle geneeskundige ingrepen als onnatuurlijk moeten worden verworpen. Volgens meer technofiel ingestelde denkers berust deze benadering daarom in wezen op een naturalistische drogredenering. Uit het *gegeven* van de bestaande biologische grenzen van het leven, volgt nog niet de *norm* dat wij deze grenzen in stand dienen te houden. Bovendien, is het niet juist eigen aan de mens om zijn eigen lot in handen nemen en zich te onttrekken aan zijn ‘natuurlijke’ lotsbestemming?³⁶ Volgens deze gedachtegang hebben vooral juristen zich ver te houden van referenties aan natuurlijke grenzen. Juridische en biologische werkelijkheid zijn in die optiek twee radicaal gescheiden werelden. Zoals de rechtspositivist Kelsen al schreef, vormt rechtssubjectiviteit in de eerste plaats een technische constructie. Als *Zurechnungspunkt* van rechten en plichten is het rechtssubject ver verwijderd van de mens van vlees en bloed uit de tastbare werkelijkheid.³⁷ Desondanks blijkt de juridische praktijk bij nadere beschouwing complexer dan deze benadering doet vermoeden.

4.2 De verschuivende biologische contouren van rechtssubjectiviteit

De biologische aspecten van het leven hebben van oudsher hun weg naar het recht weten te vinden. Met name in boek 1 van het BW zijn voorbeelden te vinden. In Nuytincks woorden is juist ‘het personen- en familierecht een van de interessantste [...] onderdelen van het burgerlijk recht, omdat de mens van vlees en bloed hierin centraal staat.’³⁸ Zo behoren alle ‘natuurlijke personen’ tot het menselijk ras, verwijst het juridisch onderscheid tussen de seksen naar fysieke verschillen, vallen het begin en einde van rechtssubjectiviteit in principe samen met de grenzen van geboorte en dood, en wordt ‘in het afstammingsrecht [...] in beginsel aansluiting gezocht bij de natuurlijke afstamming van de vader en de moeder die het kind baarde.’³⁹

Tot voor kort fungeerden deze biologische aspecten van het menselijk leven als de stilzwijgende vooronderstellingen van het recht over de mens. Recentelijk zijn al deze biologisch-juridische grenzen echter onder druk komen te staan.⁴⁰ Dat wordt duidelijk als we bovengenoemde grenzen nalopen. Het juridische sekseverschil wordt gerelativeerd door transseksualiteit en interseksualiteit. Het begin van menselijk leven en de status van het embryo staan opnieuw ter discussie als gevolg van biomedische ontwikkelingen. De

³⁶ Zie bijv. uitspraken van filosofen Haring (Van Dijk 2011), Valkenberg (Valkenberg 2011), en De Wert (De Wert 2011).

³⁷ Zie met name H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960*, Wenen: Franz Deuticke 1967, p. 176-178.

³⁸ A.J.M. Nuytinck, ‘Volledige seksenneutraliteit in het personen- en familierecht. Over erkennende vrouwen en barend mannen’, AA 2010, p. 8.

³⁹ J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 (Asser/De Boer 1* 2010), nr. 691b.

⁴⁰ Voor een nadere analyse van deze grenzen en literatuurverwijzingen verwijs ik naar mijn proefschrift, §7.3.

praktijk van orgaandonatie heeft aanleiding gegeven tot een nieuw doodscriterium: de hersendood. Het traditionele afstammingsrecht, waarvan de natuurlijke afstamming het uitgangspunt vormde, maakt plaats voor een sekseneutraal afstammingsrecht, waarin de afstamming steeds meer op individueel niveau wordt vormgegeven, daarin mede gefaciliteerd door voortplantingstechnieken.⁴¹ Tot slot liggen zelfs de grenzen tussen mens en dier niet meer vast nu in sommige landen het kruisen van mensen en dieren voor wetenschappelijke doeleinden is toegestaan.⁴²

4.3 'De natuur' als juridische norm

Het is onbetwist dat deze ontwikkelingen een vervaging en verschuiving teweeg hebben gebracht van de traditionele biologische grenzen in het recht. Interessant genoeg kan echter tegelijkertijd een tegengestelde tendens worden geconstateerd: als reactie op deze dreigende vervaging worden sommige grenzen in het recht verdedigd en desnoods zelfs *kunstmatig* in stand gehouden. Deze voorheen 'natuurlijke' grenzen worden daarmee eigenlijk verheven tot juridische norm.

Het duidelijkste voorbeeld is de regelgeving rondom biotechnologische kruisingen tussen mens en dier. Het is vrijwel onmogelijk om de bestaande verbodsbepalingen op het combineren van mensen en dieren te verklaren zonder terug te vallen op een naturalistische redenering. De Nederlandse wetgever refereert zelfs openlijk aan het natuur-argument: 'Bij deze handelingen worden [...] willens en wetens natuurlijke barrières doorbroken, hetgeen indruist tegen ieder gevoel voor respect en piëteit jegens mens en dier.'⁴³

Bij de wettelijke regeling van transseksualiteit knoopt de Nederlandse wetgever op een andere manier aan bij biologische verschillen en grenzen. Ook al is transseksualiteit het voorbeeld bij uitstek van de relativisering van het sekseverschil, toch betekent de juridische erkenning ervan niet dat elk lichamelijk criterium wordt losgelaten. Sterker nog, in Nederland geldt als vereiste voor de juridische erkenning van de gewenste sekse niet alleen de overtuiging tot het andere geslacht te behoren. Daarnaast moet de transseksueel een aantal lichamelijke ingrepen hebben ondergaan: men moet operatief aan het verlangde geslacht zijn aangepast, en niet meer in staat zijn zich voort te planten. Het resultaat is dat het juridische sekseverschil blijft corresponderen met verschillen op lichamelijk niveau. Op die manier wordt in de juridische regeling van transseksualiteit het 'natuurlijke' sekseverschil zoveel mogelijk nagestreefd en nagebootst, ook al berust

⁴¹ Voor een treffende beschrijving, zie D.W.J.M. Pessers, *Verdwaalde seksen: over sperminators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Valkhof Pers 2003.

⁴² In Engeland is toestemming gegeven voor de creatie van mens-dier hybride embryo's, ofwel uitgeholde dierlijke eicellen die worden 'gevuld' met menselijk materiaal. In Nederland is de juridische status van deze techniek door een leemte in de Embryowet nog onduidelijk (zie hierover W.J. Dondorp, 'De toekomstbestendigheid van de Embryowet', *TvG* 2007-2, p. 114 e.v.).

⁴³ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 48 (MvT bij Embryowet).

de juridische sekse in deze gevallen niet meer op de aangeboren lichamelijke kenmerken, maar op een diepgewortelde, persoonlijke overtuiging. Dat het man-vrouw-verschil in rechte de norm blijft, werd onderstreept toen de Hoge Raad niet meeding in het verzoek van een persoon die zich noch man noch vrouw voelde om zonder sekseaanduiding in het geboorteregister te staan. Volgens het arrest⁴⁴ zou dat in strijd zijn met ‘het algemeen belang’.

Beide voorbeelden roepen de vraag op in hoeverre men biologische grenzen en kenmerken in het recht in stand moet houden, nu die grenzen als gevolg van biomedische ontwikkelingen veranderlijk en vloeibaar zijn geworden. Hebben biologische grenzen in het recht hun beste tijd gehad, nu biomedische ontwikkelingen de mogelijkheid bieden om deze grenzen te overstijgen? Of is het niet meer dan vanzelfsprekend dat bepaalde basale grenzen zoals tussen mens en dier, en man en vrouw in en door het recht in stand worden gehouden?

Ook het debat over de leeftijdsgrens voor IVF en eiceldonatie kan tegen deze achtergrond worden uitgelegd. Dient men bij de beantwoording van de vraag tot welke leeftijd men gebruik mag maken van deze voortplantingstechniek zoveel mogelijk uit te gaan van de ‘natuurlijke’ voortplantingssituatie? Volgens deze *naturalistische* redenering, ook wel *bioconservatief* genoemd, dient de leeftijdsgrens overeen te komen met de gemiddelde leeftijd waarop een vrouw in de overgang raakt. Of dienen we bij het trekken van die grens ons niets aan te trekken van ‘de natuur’, en deze technologie voor zoveel mogelijk mensen open te stellen, ongeacht hun leeftijd? Deze laatste positie zou men *artificialistisch* of zelfs *transhumanistisch* kunnen noemen.⁴⁵

4.4 De subjectivering van natuurlijke grenzen in het recht

De bestaande ‘natuurlijke’ grenzen in het recht liggen met name onder vuur vanuit mensenrechtelijke hoek. Via het recht op lichamelijke zelfbeschikking en het recht op voortplanting tracht men zich te ontdoen van de knellende banden van een vermeende natuurlijke orde. Een goed voorbeeld is het hiervoor besproken wettelijke vereiste van lichamelijke aanpassingen voor erkenning van het nieuwe geslacht van transseksuelen. Het Duitse constitutionele Hof heeft onlangs geoordeeld dat dergelijke eisen in strijd zijn met het recht op zelfbeschikking en lichamelijke integriteit van transseksuelen.⁴⁶ Daarmee stelt de Duitse constitutionele rechter in feite dat het juridische sekseonderscheid niet langer hoeft te verwijzen naar een lichamelijk of biologisch onderscheid. Een subjectieve, psychische gesteldheid is in wezen al voldoende. Ook in

⁴⁴ HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 609 (m.nt. J. de Boer), *AA* 2007, 685 (m.nt. A.J.M. Nuytinck).

⁴⁵ Zie over de termen ‘transhumanisme’ en ‘bioconservatisme’ onder meer Van Beers 2010. In hoofdstuk 2 van mijn proefschrift ga ik in op de naturalistische en artificialistische traditie in het recht.

⁴⁶ BverfG 28 januari 2011, r.o. 70-71

(www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html)

Nederland is reeds een wetsvoorstel in voorbereiding dat een einde moet maken aan deze lichamelijke aanpassingsvereisten.

Wat de discussie over 60+ zwangerschap betreft, is met name de reeds aangehaalde uitspraak *S.H. en anderen tegen Oostenrijk* van het Europese Hof van belang. Net als in de Geessink-zaak staan in dit arrest de juridische grenzen aan eiceldonatie centraal. In casu ging het om een algeheel wettelijk verbod op eiceldonatie.⁴⁷ Dit verbod werd door de verdragsstaat in kwestie onder meer noodzakelijk geacht ter bescherming van de belangen van het toekomstige kind en ter voorkoming van een eugenetische voortplantingspraktijk. Volgens het Hof vormt het verbod echter een ongerechtvaardigde vorm van discriminatie ten aanzien van het recht op voortplanting (artikel 14 juncto 8 EVRM). Er is sprake van discriminatie omdat onvruchtbare mensen door het wettelijk verbod worden achtergesteld ten opzichte van vruchtbare mensen die gebruik willen maken van IVF, maar daarvoor niet afhankelijk zijn van gedoneerde geslachtscellen. De spraakmakende zaak, waarover de Grote Kamer van het Hof zich nog moet buigen, roept vragen op over de Nederlandse regulering van eiceldonatie. De vraag is of de redenering van het arrest niet ook van toepassing is op leeftijdsgrenzen aan kunstmatige voorplanting. Want is het geen discriminatie wanneer vrouwen als Geessink geen gebruik mogen maken van voortplantingstechnieken, terwijl het mannen van nature is gegeven zich tot op late leeftijd voort te planten? Getuigt het omgekeerd bovendien niet van emancipatie wanneer vrouwen toegang krijgen tot vruchtbaarheidsverlengende technieken?

Dit veelgehoorde argument legt een interessante tendens binnen biomedische regelgeving bloot. Waar men zich voorheen had neer te leggen bij de wellicht oneerlijke verdeling door moeder natuur van bepaalde biologische of lichamelijke eigenschappen, kunnen biomedische technieken deze ongelijkheden tot op zekere hoogte opheffen. Zodra men de toegang tot dergelijke technologie ontzegt aan de biologisch minder bedeelden, kan dat worden uitgelegd als een discriminerende behandeling. Daarmee beginnen *biologische* ‘ongelijkheden’ - zoals tussen mannen en vrouwen, en vruchtbaren en onvruchtbaren - te transformeren tot *juridische* ongelijkheden. Men kan zich evenwel afvragen of het juridische ideaal van de gelijkwaardigheid van individuen daarmee uiteindelijk niet wordt gereduceerd tot een vreemdsoortig ideaal van biologische gelijkvormigheid.

5. Conclusie: ‘Recht en menselijke natuur’⁴⁸ anno 2011

Hoewel er consensus in Nederland lijkt te zijn over de onwenselijkheid van bevallingen boven de 60, blijkt het lastig om de precieze bezwaren daartegen te verwoorden. In de

⁴⁷ Een dergelijk verbod op eiceldonatie is in acht EVRM-staten van kracht.

⁴⁸ Zoals de titel van Glastra van Loons oratie over rechtspositivisme en natuurrecht luidt (Leiden 1959).

discussie over de oudste moeder van Nederland worden hoofdzakelijk drie argumenten gebruikt: de gezondheidsrisico's voor de moeder, de belangen van het toekomstige kind, en de 'tegennatuurlijke' aard van postmenopauzaal moederschap. Bij de nadere analyse bleek dat deze argumenten zich alle drie moeilijk laten formuleren in termen van subjectieve rechten en vrijheden. Betoogd is dat dat evenwel niet in de weg staat aan de geldigheid van deze argumenten. Eerder duidt dat op een tekort van het gangbare rechten-vocabulaire in dit soort kwesties.

Het beroep op gezondheidsrisico's voor de moeder gaat uiteindelijk terug op paternalistische premissen. Bovendien vormt dit argument niet de spil van het debat, zo is betoogd. Ook bij de nadere duiding van de belangen van het toekomstige kind zal de arts, wetgever of jurist onvermijdelijk gebruik maken van een objectieve standaard van goed leven, zoals 'het redelijk welzijn van het toekomstige kind'. Men kan immers onmogelijk terugvallen op de voorkeuren of rechten van het kind, aangezien het nog niet is geboren. Tot slot zijn de verwijzingen naar de natuur als argument tegen Geessinks zwangerschap besproken. Hoewel dit argument op het eerste gezicht het zwakst leek, bleek het een belangrijke dimensie aan het debat over laat moederschap te vertegenwoordigen. Niet alleen wordt het natuur-argument door de wetgever wel degelijk geoperationaliseerd. Belangrijker nog is dat het binnen deze benadering mogelijk is om een van de kernvragen die de medische biotechnologie oproept, hardop te stellen: hoe dienen we om te gaan met de voorheen natuurlijke grenzen die het menselijke leven tekenen, nu deze grenzen als gevolg van biomedische ontwikkelingen niet langer een vaststaand gegeven zijn?

In het tijdperk van de medische biotechnologie is de menselijke natuur terug op de juridische agenda. Niet langer als strijdpunt tussen rechtspositivisten en natuurrechtsaanhangers, maar als inzet en zelfs uitkomst van de discussie over de normering van biomedische ontwikkelingen. Dat betekent niet dat de natuur een doorslaggevend argument is in de juridische regulering van bio-ethische kwesties, of dat er antwoorden op deze moeilijke vragen zijn af te leiden uit de natuur (zoals het klassieke natuurrecht vooronderstelde). Het recht is en blijft een menselijke constructie. Sterker nog, de menselijke natuur, hier begrepen als de biologische dimensie van het menselijk bestaan, vormt in deze tijd, meer dan ooit, een dynamisch geheel dat juist wordt vormgegeven via menselijke keuzes en interventies. Dat betekent evenwel dat de jurist deze menselijke natuur bij de regulering van deze keuzes en interventies niet geheel naast zich neer kan leggen. In sommige gevallen zal men ervoor kiezen om bestaande 'natuurlijke' grenzen en categorieën intact te houden, en in andere gevallen juist om deze te verleggen of zelfs geheel op te heffen. In al deze gevallen functioneren deze grenzen echter niet langer als de stilzwijgende vooronderstellingen van het recht over de mens, maar wordt in toenemende mate in het recht bepaald waar deze grenzen getrokken dienen te worden. Daarmee is hernieuwde reflectie over de relatie tussen recht en menselijke natuur noodzakelijk geworden.